Wie wirkt die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Kaufmanns auf die Vollmacht seines Handlungsreisenden ein, und wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn ein solcher Reisender nach Eröffnung des Verfahrens Rechtshandlungen Dritten gegenüber vornimmt?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erich Kretschmar

Referendar in Berlin.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Wie wirkt die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Kaufmanns auf die Vollmacht seines Handlungsreisenden ein, und wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn ein solcher Reisender nach Eröffnung des Verfahrens Rechtshandlungen Dritten gegenüber vornimmt?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erich Kretschmar

Referendar in Berlin.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Der Handlungsreisende und seine Vollmacht 1

B. Das Thema der Abhandlung:

§ 2. I. Wie wirkt die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Kaufmanns auf die Vollmacht seines Handlungsreisenden ein? 2

1. Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis:

a) Der Charakter des Rechtsverhältnisses.

b) Die Einwirkung der Konkurseröffnung auf das Rechtsverhältnis.

2. Ergebnis.

II. Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn ein Handlungsreisender nach Eröffnung des Konkursverfahrens Rechtshandlungen Dritten gegenüber vornimmt?

§ 3. 1. Seine Vollmacht war zur Zeit der Vornahme der Geschäfte endgültig erloschen 6

2. Sie war zwar erloschen, galt aber zugunsten beider Teile als fortbestehend:

a) Die Beurteilung der Rechtshandlungen des Reisenden:

§ 4. α) Allgemeiner Teil 7

a¹) Die Wirkung der Konkurseröffnung auf die Person des Gemeinschuldners als des Vollmachtgebers:

αα) Die Begriffe „Geschäftsfähigkeit" und „Verfügungsbefugnis".

ββ) Nur die Verfügungsbefugnis hat der Gemeinschuldner verloren.

b¹) Die sich hieraus ergebende Rückwirkung auf die Vertretungsmacht.

β) Besonderer Teil:

§ 5. a¹) Die Theorie von Eccius in seinem Aufsatz bei Gruchot Bd. 47 17

Seite

§ 6. b[1]) Die Ansicht der Motive zur Konkursordnungsnovelle über den Fall des § 672 Satz 2 BGB. 20

§ 7. c[1]) Die Stellung der Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. 21

b) Die Folgen der Unwirksamkeit für die Stellung des Dritten:

§ 8. α) Die Bedeutung der Unwirksamkeit erläutert an einem Beispiel 22

§ 9. β) Die Heilung der Unwirksamkeit, die Ansprüche des Dritten 29

§ 10. 3. Die Vollmacht des Handlungsreisenden galt nur zu seinen Gunsten als fortbestehend 30

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1898.
Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 2. 1897.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1898.
Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bei Gruchot Bd. 47.
Eccius, Besprechung des Kommentars zur Konkursordnung von Petersen-Kleinfeller. Bei Gruchot Bd. 33 S. 730 ff.
Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. 1889.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1901.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1901.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1900.
Fitting, Die Reichskonkursordnung. 1904.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 1896.
Frantz, Die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden. 1892.
Fuchs, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Prozeßlegitimation. Bei Gruchot Bd. 38.
Gareis, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 1903.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.
Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 4, 7.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hellwig, Besprechung von Hupkas Buch „Die Vollmacht". In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 30.
Hellwig, Zivilprozeßpraktikum. 1901.
Hupka, Die Vollmacht. 1900.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1904.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 1903.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1902.

Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. In Iherings Jahrbüchern Bd. 44.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Iherings Jahrbüchern Bd. 36.

Motive zu dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1. 1891.

Petersen, Parteibegriff und Parteifähigkeit. In der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 18.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1900.

Pfizer, Prozeßfähigkeit der Ehefrau. Im Württembergischen Archiv Bd. 20.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1887.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 1897.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Bd. 1. 1899.

v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1901.

Schultze, Das deutsche Konkursrecht. 1880.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1900.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1904.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1901.

v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 2. Aufl. 1884.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 89.

v. Wilmowski-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung. 1902.

Windscheid-Kipp, Pandekten. Bd. 1. 1900.

Wolff, Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898. Kommentar 1900.

A. Der Handlungsreisende und seine Vollmacht.

§ 1.

Zwei Arten von Handlungsreisenden lassen sich unterscheiden, — der Reisende an auswärtigen Plätzen, der „zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet wird, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet" (HGB. § 55 Abs. 1) und der sogen. Stadtreisende. Beide sind Handlungsgehilfen (HGB. § 59). Der erste ist aber im Gegensatz zum zweiten stets Handlungsbevollmächtigter (HGB. § 55). Als solcher ist er, soweit der Umfang seiner Vollmacht nicht ausdrücklich bestimmt ist, befugt, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Tätigkeit eines Reisenden gewöhnlich mit sich bringt (HGB. § 54); insbesondere gilt er für „ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen" (HGB. § 55 Abs. 2 Satz 2).

In unserer Abhandlung haben wir nur von diesem „Reisenden an auswärtigen Plätzen", — dem eigentlichen Handlungsreisenden zu sprechen.

B. Thema.

I. Einwirkung der Konkurseröffnung auf die Vollmacht des Handlungsreisenden.

§ 2.

Wie wirkt die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Kaufmanns auf die Vollmacht seines Handlungsreisenden ein, — insbesondere Bringt sie eine solche Vollmacht zum Erlöschen?

Die Konkursordnung gibt uns über diese Frage nicht unmittelbar Aufschluß, und auch im Handelsgesetzbuch fehlt eine diesbezügliche Bestimmung.

Daß mit der Auflösung des Geschäfts des Vollmachtgebers eine Handlungsvollmacht erlöschen muß, „das ergibt sich aus ihrem Begriff“;[1]) denn der Boden wird ihr damit entzogen. Ob aber die Eröffnung des Konkurses mit der Auflösung gleichbedeutend ist, wird man nicht grundsätzlich entscheiden können; das ist Frage des Einzelfalles. Im übrigen verweisen die Lehrbücher und Kommentare im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 des EG. z. HGB. auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.[2])

§ 168 Satz 1 dieses Gesetzes sagt: „Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse.“

Daß der Bevollmächtigung eines Reisenden überhaupt ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, steht außer Frage. Vollmacht und zugrunde liegendes Rechtsverhältnis sind hier sogar auf das innigste verwachsen; denn

---

[1]) Cosack, Handelsrecht S. 126.

[2]) Staub I S. 239; Gareis, Handelsrecht S. 110.

wenn ein Geschäftsinhaber jemanden als Reisenden anstellt, dann will er, daß dieser gerade in seiner Eigenschaft als Reisender ihn vertreten soll. Zu dem „Inhalt dieses Rechtsverhältnisses" gehört es somit, „daß der eine in Vollmacht des anderen zu handeln hat".[1]) Nur der Charakter des Rechtsverhältnisses bedarf der Feststellung.

Er wird einerseits nicht durch einen Auftrag bestimmt — denn das Erfordernis der Unentgeltlichkeit (BGB. § 662) ist nicht gegeben —, andrerseits aber auch nicht durch einen Dienstvertrag der gewöhnlichen Art. Zwar liegen dessen eigentümliche Merkmale: Leistung von Diensten und Vergütung (HGB. § 59; BGB. § 611) vor; die Dienstleistungen, bei deren Verrichtung der Reisende der bevollmächtigte Vertreter des Geschäftsherrn ist, sind aber besondere. Sie bestehen — das ergeben vor allem die §§ 54, 55 des HGB. — in der Vornahme von Geschäften im Namen und für Rechnung des Prinzipals, — in einer Geschäftsbesorgung. Innerhalb des Rechtsverhältnisses, welches durch diesen besonderen Dienstvertrag des Geschäftsherrn mit dem Reisenden entsteht, wird man daher zu unterscheiden haben:

1. Das dauernde „Anstellungsverhältnis", welchem zufolge der Reisende einen fortlaufenden Gehalt bezieht. Hierfür besteht die Bestimmung des § 22 der KO.: Kündigung und Erlöschen erst mit Ablauf der Kündigungsfrist. Dieses „Anstellungsverhältnis" liegt der Bevollmächtigung nicht zugrunde. In der zwischen den einzelnen Reisen liegenden Zeit, in welcher der Reisende z. B. vielleicht in den Geschäftsräumen seines Hauses zu arbeiten hat,[2]) ist er nicht Handlungsbevollmächtigter.

2. Das „Geschäftsbesorgungsverhältnis", aus welchem für den Reisenden für die Zeit seiner Reisen der Anspruch auf Tagegelder und Provision entspringt. Dieses auf dem ersteren ruhende,[3]) besondere

---

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 47 S. 214 hält das für erforderlich, wenn eine „kausale" Vollmacht vorliegen soll. Ebendort bemerkt auch Eccius: „Hierhin gehört der Vertrag mit dem Handlungsgehilfen, der gerade dazu angenommen ist, als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter tätig sein."

[2]) Staub Bd. 1 S. 248 bemerkt: Der Reisende wäre mangels besonderer Abrede nicht verpflichtet, außerhalb der Reise am Lager oder in der Buchführung zu arbeiten, außer soweit dies zur Vorbereitung der Reise nötig sei

[3]) Auch Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 517 Anm. 42, scheint unsere Ansicht zu teilen: „Auf Grund eines Dienstverhältnisses kann die Be-

Verhältnis liegt allein der Vollmachterteilung zugrunde: denn für die Geschäfte, die er auf seiner Reise abschließt, muß er Handlungsvollmacht haben.

In der gleichen Weise würde hier wohl auch Staub unterscheiden. Folgende Ausführungen von ihm (Anm. 23 zu § 70) berechtigen wenigstens zu diesem Schluß: „Gehört zum Inhalt des Engagementsvertrags der Auftrag zu Geschäftsbesorgungen, so erlischt dieser Auftrag mit der Eröffnung des Konkurses (§ 23 KO.), worin aber nicht eo ipso ein Erlöschen des ganzen Dienstverhältnisses anzunehmen ist. Vielmehr kann nunmehr der Verwalter dem Dienstverpflichteten neue Aufträge dieser Art erteilen, solange das Dienstverhältnis noch dauert."

Lediglich das zweite, das „Geschäftsbesorgungsverhältnis", interessiert für die Entscheidung unserer Frage. Es regelt sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Auftrag, soweit diese auf einen „Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat," [1]) Anwendung finden (BGB. § 675). Diesen Geschäftsbesorgungsvertrag trifft § 23 Abs. 2 der KO.[2]): Er erlischt durch die Eröffnung des Verfahrens, und das gleiche gilt daher nach § 168 Satz 1 des BGB. auch für die mit diesem Rechtsverhältnis verbundene Vollmacht. Aus § 168 Satz 1 ist aber noch eine zweite Regel abzuleiten: Soweit das Rechtsverhältnis trotz Erlöschens als fortbestehend gilt, gilt auch die Vollmacht als fortbestehend.[3]) Diese Fälle einer Fortdauer des aufgehobenen Grundverhältnisses sind in den §§ 672 Satz 2 und 674 des BGB. enthalten, § 23 Abs. 1 Satz 2 der KO.

---

sorgung eines bestimmten Geschäfts angeordnet werden. Dann gelten für seine Ausführung die in § 675 bezeichneten Vorschriften."

[1]) Was unter einer „Geschäftsbesorgung" zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Auch die Worte der Prot. für die 2. Lesung Bd. 2 S. 377 und der Mot. Bd. 2 S. 527 geben keinen Aufschluß. Die Meinungen gehen daher weit auseinander. Einen Schritt vorwärts bedeutet hier die Ansicht von Hellwig (Verträge auf Leistung S. 517 Anm. 42), der den Wert legt auf die „Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten". Ein Eingehen auf die Streitfrage im Text erübrigte sich, da unser Fall zweifellos dem § 675 zu unterstellen ist.

[2]) In ähnlicher Weise faßt Wolff S. 116 das Verhältnis des § 22 KO. zum § 23 auf.

[3]) vgl. hierüber die Ausführungen von Eccius bei Gruchot Bd. 47 S. 215.

erklärt, daß sie auch im Konkursverfahren entsprechende Anwendung finden sollen.

Nach § 672 Satz 2 in Verbindung mit § 675 gilt ein erloschener Geschäftsbesorgungsvertrag, wenn mit dem Aufschube des Geschäftes Gefahr verbunden ist, als fortbestehend; der Dienstverpflichtete hat die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortzusetzen, bis der Konkursverwalter anderweit Fürsorge treffen kann. Nach § 674 in Verbindung mit § 675 gilt der Vertrag zugunsten des Dienstverpflichteten als fortbestehend, bis dieser von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß. Die hiermit gleichfalls fortbestehende Vollmacht wirkt aber in dem Fall des § 674 — wie § 169 des BGB. besagt — nicht zugunsten eines Dritten, der bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß, während es in dem Fall des § 672 Satz 2 auf Kenntnis oder Unkenntnis des Dritten nicht ankommt.[1])

Unser Ergebnis ist daher folgendes: Die Konkurseröffnung über einen Kaufmann bringt an und für sich stets die Vollmacht seines Handlungsreisenden zum Erlöschen. Dieser Satz gilt ohne jede Einschränkung, wenn Reisender und Gegenkontrahent oder auch nur der Reisende allein im Augenblicke des Geschäftsabschlusses von der Konkurseröffnung Kenntnis haben oder haben müssen, — vorausgesetzt, daß es sich nicht um Geschäfte handelt, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist. Wenn es sich dagegen um solche „gefährlichen" Geschäfte handelt oder wenn auch ohne Vorliegen einer Dringlichkeit Reisender *sowie* Gegenkontrahent in unverschuldeter Unkenntnis von der Konkurseröffnung sich befinden, so kommt der Gesetzgeber mit der Fiktion zu Hilfe: Die Vollmacht *gilt* zugunsten des Reisenden und des Dritten als fortbestehend. — Den Fall, daß bei dem Abschluß eines „nicht gefährlichen" Geschäfts, die Konkurseröffnung *nur dem Reisenden*, und zwar ohne sein Verschulden unbekannt ist und die Vollmacht dann auch *nur zu seinen Gunsten* als fortbestehend gilt, schalten wir bei unserer Betrachtung vorläufig aus.[2])

---

[1]) Das ergibt die Nichterwähnung des § 672 im § 169.

[2]) s. § 10 der Arbeit.

II. Rechtslage, wenn ein Reisender nach Konkurseröffnung Rechtshandlungen Dritten gegenüber vornimmt.

§ 3.

I. Vollmacht war endgültig erloschen.

Welche Folgen bringt dieses Ergebnis für die Beurteilung von Rechtshandlungen mit sich, die ein Reisender nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, und welche Stellung nimmt hierbei der Gegenkontrahent ein?

In allen Fällen, in denen die Fiktion nicht Platz greift, ist der Reisende Vertreter ohne Vertretungsmacht. Die Wirksamkeit von ihm abgeschlossener Verträge für und gegen den Vertretenen hängt daher nach § 177 des BGB. von dessen Genehmigung ab. Nur wenn der Prinzipal diese erteilt, wird das Geschäft von Anfang an wirksam, und es entsteht dann eine persönliche Verpflichtung des Geschäftsherrn außerhalb des schwebenden Konkursverfahrens. Bis zu dieser Genehmigung kann der Vertragsgegner, der den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschluß nicht gekannt hat, aber widerrufen (BGB. § 178), und das wird er wohl regelmäßig in eigenem Interesse tun. Wird das Geschäft nicht wirksam, so hat der Dritte, welcher den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte, keinesfalls ein Rückgriffsrecht gegen den Reisenden (BGB. § 179 Abs. 3). Nur bei unverschuldeter Unkenntnis steht ihm ein solches zu, — und zwar kann er, wenn der Reisende in Kenntnis des Erlöschens seiner Vollmacht mit ihm abgeschlossen hat, wählen, ob er Erfüllung oder vollen Schadenersatz von ihm verlangen will (BGB. § 179 Abs. 1), — wenn der Reisende in verschuldeter Unkenntnis mit ihm abgeschlossen hat, einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses gegen ihn geltend machen (BGB. § 179 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 674, 168 Satz 1)[1]).

[1]) Hat der Reisende die Konkurseröffnung ohne Verschulden nicht gekannt, dann gilt ja seine Vollmacht zu seinen Gunsten als fortbestehend. Vgl. im übrigen § 9 der Arbeit.

Außerdem haftet hier natürlich der Reisende den Konkursgläubigern gegenüber für allen Schaden, den er durch seine Handlungen der Masse zugefügt hat.

II. Vollmacht galt als fortbestehend.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn die Fiktion des Gesetzgebers am Platze ist, — wenn also die Vollmacht zugunsten des Reisenden und des Dritten als fortbestehend gilt?

A. Beurteilung der Rechtshandlungen des Reisenden.

a) Allgemeiner Teil.

§ 4.

Nach der positiven Bestimmung des § 7 der KO. kann nach der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner selbst ein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Geschäft bezüglich eines Massegegenstandes nicht mehr vornehmen. Das Gesetz sagt dagegen nicht, wie gleichgeartete Handlungen eines Bevollmächtigten zu beurteilen sind.

In den Motiven zum Entwurf einer Konkursordnung (S. 37, 38) findet diese Frage Erwähnung, ohne entschieden zu werden. Ihre Erledigung sollte durch Theorie und Praxis erfolgen. „Eine Entscheidung durch das Gesetz wird um so weniger zu treffen sein, als die einzelnen bürgerlichen Rechte in der Beurteilung der Frage, ob die nach dem Erlöschen des Auftragsverhältnisses von dem Beauftragten mit einem Dritten vorgenommenen Rechtshandlungen den Auftraggeber verpflichten, miteinander nicht übereinstimmen, indem die einen überwiegend auf den guten Glauben des Dritten, die anderen auf den des Beauftragten sehen. Doch wird in diesem Umstande nicht allein die Entscheidung der oben gestellten Frage zu finden sein."

Diese Ausführungen lassen eines vermissen: Die scharfe Betonung des Begriffes der Vertretungsmacht. Daß es gerade hierauf ankommt, haben die Motive nicht erkannt. Der gute Glaube und das Auftragsverhältnis sind natürlich für die Beurteilung der Vertreterhandlungen auch von Wichtigkeit. Sie sind aber hier erst in zweiter Linie zu beachten. Nur aus der Art der Einwirkung der Konkurseröffnung auf die Vertretungsmacht selbst ist unsere Frage zu lösen, und dafür

sind wiederum maßgebend die Folgen, welche die Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner als den Machtgeber gehabt hat.

Nach § 6 der Konkursordnung hat er die Befugnis verloren, sein die Masse bildendes Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Ein Teil der Literatur[1]) sieht nun in diesem Verlust eine Minderung der Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners; ein anderer Teil[2]) dagegen hält den Gemeinschuldner nach wie vor in jeder Beziehung, sowohl der Masse als den Konkursgläubigern gegenüber, für voll geschäftsfähig und behauptet in engem Anschluß an den Gesetzestext, daß eben lediglich die Verfügungsbefugnis in bezug auf das die Masse bildende Vermögen ihm entzogen werde.

Für die Würdigung der Rechtshandlungen eines Vertreters des Gemeinschuldners ist diese Streitfrage von großer Bedeutung. Es ist nicht gleichgültig, ob der Vollmachtgeber die Geschäftsfähigkeit oder die Verfügungsbefugnis verliert. Hieraus erklärt sich für unsere Erörterung die Notwendigkeit, die Bedeutung der beiden Begriffe „Geschäftsfähigkeit" und „Verfügungsbefugnis" darzulegen und zu prüfen, ob deren Scheidung auch für die Auslegung des § 6 der Konkursordnung von Wichtigkeit ist.

Vorauszuschicken ist hier, daß beide Begriffe allerdings häufig identifiziert werden. Auch hat der ältere Sprachgebrauch sie noch nicht in der scharfen Weise wie heute auseinandergehalten. So bemerkt z. B. Petersen[3]) mit Rücksicht auf den § 6 (5) der Konkursordnung: „An das Wort ‚Befugnis' darf man sich um so weniger anklammern, als der Unterschied zwischen ‚Fähigkeit' und ‚Befugnis' nicht immer genau beachtet wird," und Oetker[4]) erklärt sogar direkt: „Das Wort ‚Befugnis' bedeutet ‚Fähigkeit'." Demgegenüber verlangt die zweite Gruppe der von uns genannten Schriftsteller eine

[1]) Jaeger Anm. 18 zu § 6; v. Wilmowski-Kurlbaum S. 28; Petersen-Kleinfeller, Anm. 7 zu § 6; Endemann S. 107, 122; Oetker S. 319; Petersen bei Busch Bd. 18 S. 31, 32; Wach S. 542 ff.

[2]) Planck, Zivilprozeßrecht S. 214/15; v. Sarwey-Bossert, Anm. 2 zu § 6; Dernburg, Privatrecht S. 285; Wolff, Anm. 5 zu § 6; Kohler Lehrbuch S. 300, Leitfaden S. 177; Struckmann-Koch, Anm. 3 zu § 52; Förster-Eccius S. 797; Fuchs bei Gruchot Bd. 38, S. 278 ff.; Entsch. des RG. in Zivils. Bd. 29, S. 33.

[3]) Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 18 S. 31.

[4]) Grundbegriffe S. 319.

strenge Scheidung der beiden Begriffe. Auf den Verfasser haben hier insbesondere die Ausführungen von Fuchs (a. a. O. S. 249 ff.) überzeugend gewirkt und ihn zum Anschluß an diese zweite Gruppe bestimmt.

Nach Gareis[1]) ist die Geschäftsfähigkeit „diejenige persönliche Eigenschaft eines Subjektes, vermöge deren dasselbe nach den Vorschriften der Rechtsordnung rechtlich imstande ist, bei den rechtsgeschäftlichen Vorgängen als selbständiges Rechtssubjekt mitzuwirken, sei es durch Abgabe, sei es durch Empfangnahme rechtswirksamer Willenserklärungen". „Sie ist somit etwas in der Person Liegendes"[2]) „eine Kraft,"[2]) die es ermöglicht, rechtsgeschäftlich tätig zu werden. „Der Begriff ‚Dispositionsfähigkeit' abstrahiert ganz von einem Objekt."[3])

Konzentriert sich aber der Wille einer Person — nennen wir sie X — darauf, über einen Gegenstand zu verfügen, d. h.: rechtsändernd in seine Lage einzugreifen, dann genügt nicht die X innewohnende Eigenschaft der Geschäftsfähigkeit, um die rechtlichen Wirkungen in der Weise, wie sie gewollt sind, eintreten zu lassen. Das Eintreten dieser Wirkungen hängt hier von Umständen ab, die außerhalb der persönlichen Sphäre des X gelegen sind: Es kommt darauf an, ob er ein Recht zu solcher Verfügung hat. Steht dieses Recht nicht ihm, sondern Dritten zu, so sagt man: Dem X fehle die ‚Verfügungsbefugnis' in bezug auf diesen Gegenstand, d. h.: es fehle ihm das Recht, über dieses bestimmte Vermögensobjekt zu disponieren, er dürfe es nicht. Aber nicht nur daß X es nicht darf, — es fehlt ihm überhaupt diesen Dritten gegenüber das Disponieren-Können. Die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, welche er mit seinem Vertragsgegner in Ansehung des fraglichen Gegenstandes wechselt, sind dem Dritten gegenüber Schläge in die Luft.

Wird durch diesen äußeren Mangel der Verfügungsbefugnis nun irgendwie die X innewohnende Eigenschaft, geschäftsfähig zu sein, beeinflußt?

Mit Recht sagt Hellwig in „Anspruch und Klagrecht" S. 208: „Mag der Mangel der Dispositionsbefugnis seinen Grund in dem

---

[1]) Gareis, Allgem. Teil des BGB. S. 112.
[2]) Fuchs a. a. O. S. 245.
[3]) Fuchs a. a. O. S. 249.

Fehlen der Berechtigung oder in einem Veräußerungsverbote haben: in keinem Falle tritt deshalb der Verlust oder eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ein."

Setzen wir den Fall, es bestände bezüglich des Gegenstandes, über welchen X verfügen will, ein gesetzliches Veräußerungsverbot zugunsten des Y. Wäre X hier in Ansehung dieses Gegenstandes in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, — und das könnte doch nur heißen: wäre dem X die Fähigkeit entzogen, in bezug auf denselben ein wirksames Rechtsgeschäft vorzunehmen, — dann müßte die von ihm seinem Vertragsgegner gegenüber abgegebene Willenserklärung nach Maßgabe des § 105 Abs. 1 des BGB. nichtig sein; d. h.: zwischen diesem und X wäre gar kein Geschäft zustande gekommen, es mangelte dem X die Möglichkeit, sich in Ansehung dieses Gegenstandes durch Verträge verpflichten zu können. Dem ist aber nicht so. Das Geschäft kommt gültig zustande; es trifft nur nicht den Y. Der Gegenkontrahent kann sogar gegen X auf Leistung klagen und, wenn das Veräußerungsverbot inzwischen aufgehoben ist, die Leistung auch tatsächlich beitreiben.[1]) Solange das Veräußerungsverbot aber in Kraft ist, besteht für X die „beschränkte Möglichkeit",[2]) den Vertrag mit Wirkung gegenüber dem geschützten Y zu erfüllen. „Dies ist jetzt dadurch völlig außer Zweifel gestellt, daß das Gesetz den Dritten nach denselben Normen schützt, welche Platz greifen, wenn das Geschäft mit einem Nichtberechtigten geschlossen ist."[3])

Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugnis sind also zwei vollkommen selbständige, voneinander unabhängige[4]) Begriffe: In dem

---

[1]) Es liegt ein Fall ursprünglichen Unvermögens vor.

[2]) Gedacht ist hierbei an § 135 Abs. 2 BGB.

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 209.

[4]) Diese Unabhängigkeit ist eine vollständige. Das Reichsgericht (Bd. 29 der offiziellen Sammlung) meint, die Verfügungsbefugnis könne „zwar nur erworben und behalten" werden, wenn die Geschäftsfähigkeit vorhanden sei, — und in dem gleichen Sinne sagt Pfizer a. a. O. S. 15: „wer dagegen handlungsunfähig ist, bei dem ist es wertlos, seine Dispositionsbefugnis zu untersuchen; alles Dürfen hilft ihm nichts, wenn er nicht kann." Wir müssen dagegen sagen, daß die Verfügungsbefugnis auch bei Fehlen der Geschäftsfähigkeit sehr wohl erworben und behalten werden kann: Der Geisteskranke behält die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen weiter; denn anderenfalls könnte ja auch sein Vormund nicht über dasselbe verfügen.

ersteren Begriffe sehen wir ein rein *subjektives*, in der Person gelegenes Moment, eine auf persönlichen Eigenschaften beruhende Fähigkeit, — in dem letzteren dagegen eine der Person von außen her gesteckte *objektive* Grenze ihres Handelns.

Mit dieser von uns gegebenen Darstellung scheinen die §§ 112, 113 des BGB. in Widerspruch zu stehen. Sie besagen, daß ein Minderjähriger, wenn sein gesetzlicher Vertreter ihn ermächtigt hat, ein Erwerbsgeschäft selbständig zu betreiben oder in Dienst oder Arbeit zu treten, für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig ist, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt bezw. welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ein solcher Widerspruch liegt in Wahrheit nicht vor. Wenn *Fuchs* sagt: „Der Begriff ‚Dispositionsfähigkeit' abstrahiert ganz von einem Objekt",[1]) so läßt sich dieser Satz sehr wohl mit den §§ 112, 113 vereinigen. In ihnen heißt es ja doch nicht, daß der ermächtigte Minderjährige von der Ermächtigung an unbeschränkt geschäftsfähig ist in bezug auf *einzelne* **Objekte**, sondern daß er es ist für die Vornahme *einer bestimmten Art von* **Rechtsgeschäften**. Die Ausführungen von *Fuchs* (a. a. O. S. 279—281) gehen aber gerade dahin: „Man kann logischerweise richtig nur sagen, jemand ist fähig zu Dispositionen bestimmter Art, z. B. zur Vornahme von Rechtsgeschäften, durch welche er lediglich Rechte erwirbt, ... zum Abschlusse von Dienst- und Arbeitsverträgen, ... zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte, welche der Betrieb des (bestimmten) Erwerbsgeschäfts mit sich bringt, es wird also von der Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften gewisser wirtschaftlicher Art gesprochen. Nicht dagegen ist als Kriterium denkbar die Beziehung des Rechtsgeschäfts zu einem bestimmten Objekt."

Wenn nun ein nach § 112 ermächtigter Minderjähriger Gegenstände veräußert, „so kann es sich bei einer Prüfung der Rechtsbeständigkeit dieses Akts sehr wohl herausstellen, daß er zur Veräußerung des Gegenstandes A fähig war, weil dessen Veräußerung der Betrieb des Erwerbsgeschäfts mit sich bringt, während er zur Veräußerung des Gegenstandes B nicht fähig war, weil dessen Veräußerung

[1]) a. a. O. S. 249.

der Betrieb des verstatteten Erwerbsgeschäfts nicht mit sich bringt".[1]) Das „ist selbstverständlich, weil eben jedes Rechtsgeschäft ein Objekt haben muß; diese Fähigkeit bezw. Unfähigkeit hat aber ihren Grund nicht in einer Verschiedenheit der rechtlichen Beziehungen des Veräußernden zu dem Gegenstande der Veräußerung, sondern darin, daß das eine Rechtsgeschäft ein Geschäft anderer Art, als das andere ist, nämlich das eine ein in den Kreis des Erwerbsgeschäfts fallendes, das andere nicht".[2])

§ 6 Abs. 1 der KO. spricht nun ausdrücklich von der Befugnis, über das die Masse bildende Vermögen zu verfügen. Von Wilmowski-Kurlbaum[3]) bemerken hierzu: „Die Unterscheidung, daß der Gemeinschuldner nicht die Dispositionsfähigkeit, sondern nur Dispositionsbefugnisse verliere, hat hier keine Bedeutung, wo nicht die allgemeine Geschäftsfähigkeit des Schuldners, sondern gerade nur die Befugnis, über die Konkursmasse zu verfügen in Frage steht". Sie unterstellen damit die Verfügungsbefugnis als Unterbegriff dem Überbegriff „Geschäftsfähigkeit". Das Gesetz gibt hierfür keinen Anhaltspunkt. Auch den Ausführungen von Wach[4]) werden wir nicht beitreten können: „Denn ist auch an und für sich nicht seine Dispositionsfähigkeit, sondern nur seine Dispositionsbefugnis hinsichtlich der Konkursmasse aufgehoben, so ist sie doch negiert mit der Folge der Prozeßunfähigkeit. Das Nichtdisponierendürfen ist in diesen objektiven und subjektiven Grenzen (mit Beziehung auf die Masse und gegenüber den Gläubigern) ein rechtliches Nichtdisponierenkönnen, eine Unfähigkeit zum prozessualischen Handeln". Eccius[5]) entgegnet ihm: „In keinem Falle der mangelnden Dispositionsbefugnis ist das anders. Wem die Befugnis zu einer bestimmten Disposition fehlt, der darf sie nicht vornehmen und kann sie nicht wirksam vornehmen. Aber dadurch wird er nicht begrenzt handlungsunfähig."

Die Bedenken, welche gegen die Gegentheorie sprechen, treten aber besonders deutlich in der Schlußausführung Petersens[6]) zutage:

---

[1]) Fuchs a. a. O. S. 281.
[2]) Fuchs a. a. O. S. 281.
[3]) a. a. O. S. 28.
[4]) a. a. O. S. 542.
[5]) Bei Gruchot Bd. 33 S. 732.
[6]) a. a. O. S. 32.

„Der Gemeinschuldner muß sich vielmehr ebenso, wie wenn ihm die Verwaltung des Vermögens wegen allgemeiner Handlungsunfähigkeit entzogen worden wäre, gefallen lassen, daß ein anderer an seiner Stelle die ihm zustehenden Befugnisse ausübt". Wie läßt sich bei Annahme einer solchen Fiktion der Widerspruch erklären, welcher hier zwischen der Bestimmung des § 7 der KO. und der des § 105 Abs. 1 des BGB. entstehen würde? Auch die Worte Jaegers[1]): „Hat der Gemeinschuldner beispielsweise eine zur Masse gehörige Sache veräußert, so wird die Verfügung voll wirksam, wenn infolge Konkursverzichts (§ 202) die Versilberung der Masse unterbleibt", können unseres Erachtens der Voraussetzung nicht entbehren, daß es dem Gemeinschuldner in der Zeit des schwebenden Verfahrens möglich sein muß, hinsichtlich eines solchen Massegegenstandes Verpflichtungen einzugehen. Wer sich aber durch Verträge verpflichten kann, muß geschäftsfähig sein.

Bei der Behandlung der vorliegenden Streitfrage liegt es für die Vertreter der uns entgegengesetzten Meinung besonders nahe, auf die Stellung des wegen Verschwendung Entmündigten vergleichend hinzuweisen. Wohl haben Konkursbeschlag und Verschwenderentmündigung miteinander manche Ähnlichkeit. Wir möchten es indessen nicht für angängig halten, die betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Würdigung der Stellung des Gemeinschuldners analog heranzuziehen.

Schon die Voraussetzung beider Maßnahmen ist eine verschiedene: bei der Entmündigung genügt, daß der zu Entmündigende sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt, — das Konkursverfahren kann dagegen erst bei Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners eröffnet werden. Dort sind die Gründe stets in einem Verschulden zu suchen — also innere —, hier können sie auch rein äußerer Art sein: z. B. plötzlicher Umschwung des Geschäftsmarktes. Zweck der Entmündigung ist der Schutz des zu Entmündigenden und seiner Familie, — Zweck des Konkurses: der Schutz dritter Personen — der Gläubiger. Sollten die nach dem Ausspruch der Entmündigung, nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen — auch ohne daß sie der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen —

---

[1]) a. a. O. § 7 Anm. 9.

voll wirksam sein, so ist hier entscheidend die Beschaffenheit des Objekts (konkursfrei gegen zur Masse gehörig), — dort die Art des Rechtsgeschäfts (reines Erwerbsgeschäft gegen Veräußerungsgeschäft). Ganz besondere Bedenken scheinen aber gegen die Analogie aufzusteigen, wenn man die Behandlung, welche der Gesetzgeber dem Veräußerungsgeschäft des Entmündigten zuteil werden läßt, damit vergleicht, wie er die Verfügung des Gemeinschuldners über einen Massengegenstand ansieht. Wenn im ersten Falle der gesetzliche Vertreter die Genehmigung verweigert, dann ist das Geschäft des Entmündigten nichtig: Die Rechtslage ist also die gleiche, als wenn der Entmündigte überhaupt niemals mit der anderen Partei in Verhandlungen getreten wäre. Anders dagegen im zweiten Falle: Hier ist ein Geschäft zustande gekommen und bleibt bestehen, es wirkt nur nicht den Konkursgläubigern gegenüber.

Nach alledem kommen wir zu folgendem Schluß:

Der Verlust der Verfügungsbefugnis kann keine Folge einer persönlichen Schwächung des Gemeinschuldners sein; er ist lediglich bedingt durch das von außen herantretende Recht Dritter am schuldnerischen Vermögen. „Es wäre unrichtige Wortinterpretation, aus § 6 eine persönliche Unfähigkeit des Gantschuldners irgendwelcher Art zu entnehmen.“ [1]) „Schließlich läßt sich auch kein Motiv ersehen, weshalb der Gesetzgeber dem Gemeinschuldner die Dispositionsfähigkeit sollte haben entziehen wollen, da die Entziehung der Dispositionsbefugnis ausreichte, um Eingriffe des Gemeinschuldners in die Konkursverwaltung wirkungslos zu machen.“ [2])

Nimmt man aber trotzdem an, daß die Konkurseröffnung eine Minderung der Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners zur Folge hat, dann kann man nur schwer den Schluß umgehen, daß Rechtshandlungen, die ein Bevollmächtigter des Kridars nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, die Masse wirksam verpflichten müssen:

§ 164 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen.“ Die abgegebene Willenserklärung ist also eine solche

---

[1]) Kohler, Leitf. S. 177.

[2]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 29 S. 33.

des Vertreters; er handelt. Schon aus dieser Bestimmung des § 164, noch deutlicher aber aus derjenigen des § 166 Abs. 1: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht," — erhellt für das Bürgerliche Gesetzbuch das „allgemeine Prinzip, daß die Erfordernisse der Willenserklärung, weil sie Willenserklärung des Vertreters ist, aus dessen Person zu beurteilen sind".[1]) Es richtet sich mithin auch das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit nach der Person des Vertreters und nicht nach der des Vertretenen. Ob der letztere zur Zeit des rechtsgeschäftlichen Handelns des Vertreters geschäftsfähig ist, bleibt unbeachtlich, wenn er nur zur Zeit der Vollmachtserteilung geschäftsfähig war. „Aber ist die Vollmacht einmal erteilt, so erlischt sie selbst dann nicht, wenn der Vollmachtgeber nachträglich ganz geschäftsunfähig wird," [2]) — und „wenn die Vollmacht durch die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht aufgehoben wird, wird sie auch nicht durch sie beschränkt".[2]) Wer daher der Konkurseröffnung einen Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners zuerkennt, muß zugeben, daß eine vom Kridar erteilte Vertretungsmacht von der Konkurseröffnung gar nicht berührt wird, weder in ihrem Bestande noch in ihrem Wirkungsbereich, er muß folglich die nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen eines Bevollmächtigten als die Masse verpflichtend ansehen, d. h. er muß dem Dritten die Stellung eines Massegläubigers zubilligen.

Ein solches Ergebnis wäre unhaltbar; der sicherste Beweis dieser Unhaltbarkeit wird dadurch erbracht, daß auch diejenigen Schriftsteller, die den von uns bekämpften Standpunkt einnehmen, das Ergebnis, zu dem sie gedrängt werden, nicht anerkennen. So sagt z. B. Jaeger [3]): „Ganz ebenso unwirksam wie Rechtshandlungen des Gemeinschuldners selbst sind die Rechtshandlungen seiner Vertreter." Wie beweist er aber diese Behauptung?: Nach § 164 des Bürgerlichen Gesetzbuches wirkten die Rechtshandlungen des Vertreters unmittelbar für und gegen

[1]) Planck, BGB. Bd. 1 § 166 Anm. 3; ähnlich Crome Bd. 1 S. 467; Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 67 II.

[2]) Cosack, Bürgerl. Recht § 67 II, 3b.

[3]) a. a. O. § 7 Anm. 5.

den Vertretenen, sie gälten also ihrer Wirksamkeit nach als Handlungen des Vertretenen.[1]) Freilich, die Wirkungen der Rechtshandlung eines Vertreters gehen über dessen Person hinweg und treten unmittelbar in der Person des Machtgebers ein. Kann man aber darum sagen, daß das Handeln des Vertreters als Handeln des Vertretenen gilt? Mit Recht bemerkt Hellwig[2]) hiergegen: „Das ist eine Fiktion, die mit § 166 des BGB. nicht im Einklang steht und für den Fall, daß der Vollmachtgeber geschäftsunfähig wird, zu unrichtigen Ergebnissen führen würde."

Folgt man dagegen der von uns als zutreffend bezeichneten Meinung: Die Konkurseröffnung verursache lediglich einen Verlust der „Verfügungsbefugnis" des Gemeinschuldners, — dann ergibt sich die Unmöglichkeit, dem Dritten eine Forderung an die Masse zuzusprechen.

Wir haben gesehen, daß durch eine persönliche Schwächung des Vollmachtgebers eine Begrenzung der von ihm erteilten Vertretungsmacht nicht verursacht wird; denn die für „die Frage des wirksamen rechtsgeschäftlichen Handelns selbst"[3]) maßgebenden persönlichen Momente sind aus der Person des Vertreters zu beurteilen. Der Verlust des Verfügungsrechts berührt dagegen die Frage der „sachlichen Wirksamkeit des Geschäfts",[3]) und diese „sachliche Wirksamkeit richtet sich, soweit sie durch die Person des Abschließenden bedingt ist, ausschließlich nach der Person des Geschäftsherrn; denn ihn allein geht das Geschäft materiell an".[3]) Wo dem Vertretenen eine Schranke gesetzt ist, hindert diese auch seinen Vertreter. Mit Recht bemerkt darum das Reichsoberhandelsgericht[4]): „Handlungsbevollmächtigte können materiell keine umfänglicheren Rechte ausüben, als der Prinzipal persönlich auszuüben befugt gewesen wäre." Der nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 der KO. den Gemeinschuldner treffende Verlust der Verfügungsbefugnis hebt daher an sich zwar auch nicht eine von ihm erteilte

---

[1]) Jaeger § 7 Anm. 5, § 23 Anm. 11; v. Wilmowski-Kurlbaum § 7 Anm. 9; Endemann, Konkursverfahren S. 118.

[2]) Anspruch und Klagrecht S. 210 Anm. 3a.

[3]) Wenn diese Worte Cromes (a. a. O. Bd. 1 § 105) auch den Vorwurf der etwas unsicheren Unterscheidung gegen sich gelten lassen müssen, möchten wir sie doch hier anwenden mit Rücksicht auf die dann weiter unten mitgeteilten Entscheidungen des ROHG. und des OLG. Oldenburg.

[4]) Entsch. des ROHG. Bd. 24 S. 194.

Vertretungsmacht auf, für die Wirksamkeit der Handlungen des Vertreters gelten jetzt aber die gleichen Grenzen, die in den §§ 7 ff. der KO. einem persönlichen Handeln des Kridars gesteckt sind: sie sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.[1])[2])

An diesem Ergebnis ändern die in den §§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 des BGB. zugunsten gutgläubiger Dritter gegebenen Schutzvorschriften nichts. Auch sie fänden ja an sich für unseren Fall Anwendung; denn es entspricht dem Handelsgebrauch, daß ein Geschäftsinhaber seinen Kunden, bevor sein Reisender sie besucht, Mitteilung von dessen Bevollmächtigung macht; die Vertretungsmacht des Reisenden bliebe daher an sich bis zum Widerruf ihnen gegenüber bestehen. Die relative Unwirksamkeit der Handlungen des Reisenden ist ja aber doch nicht eine Folge des Erlöschens seiner Vollmacht, sondern sie ist hier — wie gezeigt — durch die objektive Beschränkung der Machtbefugnisse des Geschäftsherrn bedingt.

β) Besonderer Teil.

a[1]) Theorie von Eccius.

§ 5.

Zu anderem Ergebnis als wir, kommt Eccius.[3]) Er trennt streng die zwei Arten der Vollmacht, welche sich unterscheiden lassen:

---

[1]) Ganz in dem Sinne unserer Entscheidung spricht sich ein Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 13. 5. 1893 (Seufferts Archiv Bd. 49 S. 250) aus: „Daß die Handlung, mittelst welcher diese Veränderung sich vollzog, nicht unmittelbar vom Gemeinschuldner selbst, sondern von seinem Stellvertreter wahrgenommen, ist für die Frage der Nichtigkeit ohne allen Einfluß. Auf die Person des Vertreters kommt es bei der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nur an, insofern auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen das Vorhandensein eines gewissen inneren Zustandes bei dem Urheber des Geschäfts entscheidend sein soll; sind die Kriterien aber wie hier nicht subjektive, sondern rein objektiver Natur, so greift die allgemeine Regel Platz, daß die Willenshandlung des Vertreters dieselbe Bedeutung und Wirkung hat, welche eingetreten sein würde, wenn eine Willenshandlung gleicher Art vom Vertretenen selbst vorgenommen worden wäre."

[2]) Auch Seuffert S. 197 erklärt sich für relative Unwirksamkeit, zieht hierfür aber § 15 der KO. an. Jaeger (§ 23 Anm. 12) hält das für unrichtig. Eine Begründung gibt Seuffert nicht.

[3]) Bei Gruchot Bd. 47 S. 215 ff.

Die abstrakte Vollmacht und diejenige, der ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt. Nur bezüglich der ersteren sagt auch er, daß Rechtshandlungen eines Bevollmächtigten nach der Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, anders dagegen bezüglich der zweiten.

Eccius vergleicht dabei den Fall des Todes des Vollmachtgebers mit dem seines Konkurses und führt aus: „Ein nach dem Tode des Machtgebers für die Erben fortbestehendes, eine Vollmacht in sich schließendes Rechtsverhältnis muß notwendig dahin wirken, daß der danach in der Macht und im Rechte des Bevollmächtigten stehende Vertretungsakt jetzt in Vertretung der Erben des Machtgebers als solcher wirksam vorgenommen wird. Und wenn ein solches Rechtsverhältnis als die Konkursmasse des Machtgebers verpflichtend nach der Konkurseröffnung fortbesteht, so muß in den Grenzen der Vollmacht der Vertretungsakt des Bevollmächtigten zugunsten des Dritten eine Massenschuld begründen. Zusammenfassend ist deshalb zu sagen: eine durch ein Rechtsverhältnis begründete Vollmacht rechtfertigt eine Vertretung mit Wirksamkeit für den Vertretenen, wenn dieser dem Vertreter gegenüber gebunden war, den Vertretungsakt als durch das Rechtsverhältnis begründet anzuerkennen." Eccius zieht alsdann den § 27 der KO. heran, weist darauf hin, daß dieser Paragraph dem Beauftragten für den Fall des Fortbestehens seines Auftrages nach der Konkurseröffnung — soweit er zur Fortsetzung der Geschäfte „verpflichtet" war (§ 672 Satz 2 des BGB.) — die Stellung des Massegläubigers, — soweit er nur „berechtigt" war (§ 674 des BGB.) — die des Konkursgläubigers gibt, und kommt danach zu folgendem Schlußergebnis: „Ging der Auftrag auf Vertretung des Auftraggebers bei Rechtsgeschäften, so muß der Dritte, mit dem nach der Konkurseröffnung ein Rechtsgeschäft vom Vertreter geschlossen ist, bei einer Vertretungshandlung, zu welcher der Beauftragte verpflichtet war, ebenfalls die Stellung des Massegläubigers einnehmen, und war der Beauftragte nur berechtigt, so hat er — seinen guten Glauben vorausgesetzt — aus dem nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Geschäfte die Stellung des Konkursgläubigers."

Zunächst erscheint es nicht angängig, den Fall des Todes des Machtgebers mit dem seines Konkurses vollständig auf die gleiche Stufe zu stellen, wie Eccius das tut. Im Augenblick des Todes des Ge-

schäftsherrn nehmen seine Erben seinen Platz ein; sie setzen seine Persönlichkeit fort. Im Augenblick der Eröffnung des Konkursverfahrens tritt gegegen niemand an seine Stelle, weder die Konkursgläubiger noch der Konkursverwalter. Dort ist die Persönlichkeit des Machtgebers erloschen, sein gesamtes Vermögen den Erben angefallen; hier lebt der Machtgeber als vollgeschäftsfähiges Rechtssubjekt weiter und hat nur seine Verfügungsbefugnis in Ansehung der Konkursmasse verloren, nur sein einer Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, ist zugunsten der Konkursgläubiger beschlagnahmt. Dort erblicken wir die nach außen hin als eine Einheit auftretenden Miterben, hier zwei einander gegenüberstehende Gruppen: Gemeinschuldner, und Konkursgläubiger, — dort Interessenfortsetzung, hier Interessenkollision. Zwei so verschiedene Momente vertragen keine kongruente Behandlung.

Zwar ist es richtig, daß das Rechtsverhältnis des Bevollmächtigten in den Fällen der §§ 672 Satz 2, 674 des BGB. ohne Unterschied als die Erben verpflichtend fortbesteht. Man kann auch wohl von einem solchen Fortbestehen als die Konkursmasse verpflichtend sprechen, wenn der Fall des § 672 Satz 2 vorliegt.[1]) Dies geschieht dann aber in ganz anderem Sinne. Während nämlich bei Tod des Machtgebers der Geschäftsführer ohne weiteres Vertreter der Erben ist — denn Vertreter eines Toten kann niemand sein — und die Erben deshalb durch seine Handlungen unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, bleibt beim Konkurse der Bevollmächtigte Vertreter des Gemeinschuldners. Sollen seine Handlungen die Masse berechtigen und verpflichten, so bedürfen sie der Genehmigung[2]) des Konkursverwalters gemäß §§ 182, 184 des BGB. Der Konkursverwalter ist daher nicht wie die Erben „dem Vertreter gegenüber gebunden, den Vertretungsakt anzuerkennen", — er hat vielmehr nur zu dulden, daß der Vertreter jetzt einen Ersatzanspruch als Massegläubiger geltend machen darf; denn allein davon spricht § 27 der KO.

---

[1]) Rehbein a. a. O. Bd. 1 S. 277 teilt hier die Meinung von Eccius und kommt für den Fall des § 672 S. 2 zu dem gleichen Ergebnis wie dieser.

[2]) vgl. S. 29 der Arbeit.

Noch weniger läßt sich der Gedanke rechtfertigen, im Falle des § 674 des BGB. dem Dritten die Stellung des Konkursgläubigers einzuräumen. § 27 der KO. gibt sie dem Vertreter nur aus Billigkeitsrücksichten, wie die Motive zur Konkursordnungsnovelle[1]) sich ausdrücken: „um ihn tunlichst vor Schaden zu bewahren." Ist ja doch seine Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens entstanden. Schon darum, weil der Gesetzgeber mit diesem Schutze des Geschäftsführers lediglich eine soziale Pflicht diesem gegenüber erfüllt, verbietet sich eine Ausdehnung auf den Dritten.[2]) Auch widerspräche es der par conditio creditorum, wenn man demjenigen, der mit einem Vertreter des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung ein Geschäft abgeschlossen hat, eine bevorzugte Stellung einräumen wollte vor demjenigen, der sich mit dem Gemeinschuldner persönlich eingelassen hat.

Im übrigen müssen die Ecciusschen Folgerungen auch aus formalen Gründen eine Ablehnung erfahren. Die Konkursordnung bestimmt in § 3 genau, wer Konkursgläubiger ist, sie zählt in den §§ 58, 59 auf, welche Ansprüche als Massekosten und Masseschulden anzusehen sind. Wenn der Gesetzgeber dem Dritten eine Stellung im Rahmen des jetzt schwebenden Verfahrens hätte einräumen wollen, so würde er das ausdrücklich gesagt haben.

b[1]) Motive zur Konkursordnungsnovelle.

§ 6.

Die Motive zur Konkursordnungsnovelle[3]) führen folgendes aus: Bei Vorliegen eines „dringlichen" Geschäfts (im Sinne des § 672 Satz 2 des BGB.) käme die Fortsetzung der Geschäftsführung unmittelbar der Konkursmasse zugute. Deshalb hätte auch § 21a (jetzt 27) der KO. dem Geschäftsführer die Stellung eines Massegläubigers

[1]) Bei Hahn Bd. 7 S. 240.

[2]) Das hat wohl auch nur die angeführte Stelle der Motive im Auge, wenn sie fortfährt: „(Wohl aber liegt es in der Absicht des Gesetzes, ihn tunlichst vor Schaden zu bewahren) und folgeweise die von ihm nach der Konkurseröffnung besorgten Geschäfte so zu behandeln, wie wenn sie in der Zeit vor der Eröffnung vorgenommen wären." Man wird diese Worte mit Seuffert a. a. O. S. 197 Anm. 3 als „schief ausgedrückt" bezeichnen müssen.

[3]) Bei Hahn Bd. 7 S. 239/40.

eingeräumt. „Hiernach versteht sich, wenn mit dem Rechtsverhältnis eine Vollmacht verbunden ist, von selbst, daß auch die auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Handlungen der Konkursmasse gegenüber wirksam sind."

Hiergegen wendet sich mit Recht Jaeger[1]: „Damit, daß die Vertretungsmacht fortdauert, ist noch nicht gesagt, daß der Bevollmächtigte mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern verfügen, daß er also den Gemeinschuldner auch hinsichtlich der Konkursmasse vertreten könnte. Dies vermag der gewillkürte Stellvertreter in der Zeit der Fortdauer seiner Vertretungsmacht ebensowenig als der gesetzliche — z. B. der Vormund des entmündigten Gemeinschuldners — und ganz ebensowenig als der vertretene Gemeinschuldner selbst. Ein bei der zweiten Lesung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuchs von der Redaktionskommission zu unserem Paragraphen beschlossener Zusatz, der diesen Gedanken ausdrücklich aussprechen wollte, wurde mit Recht als überflüssig gestrichen, da der (jetzige) § 7 nach der herrschenden und als gerechtfertigt anzuerkennenden Auffassung ohne weiteres auf Bevollmächtigte und gesetzliche Vertreter anwendbar sei."

c[1]) Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 7.

Der Ablehnung bedarf auch folgender Satz, der sich in den Protokollen für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches[2]) findet: „Die Handlungen, die der Beauftragte in Gemäßheit des Auftrages vorgenommen habe, bevor ihm die Konkurseröffnung bekannt gewesen sei oder hätte bekannt sein müssen, stehen im Kausalzusammenhange mit dem erteilten Auftrage; sie seien eine Wirkung, welche der Auftrag vor seinem Erlöschen verursacht habe, und deswegen ebenso zu beurteilen, wie wenn sie vor der Konkurseröffnung erfolgt wären." Die Protokolle würden daher auch die nach der Konkurseröffnung abgeschlossenen Geschäfte des Reisenden als vorher abgeschlossene ansehen. Sie betrachteten damit eine vor der Konkurseröffnung

[1]) a. a. O. Anm. 11 zu § 23 KO.

[2]) Bd. 2 S. 376.

von dem Gemeinschuldner erteilte Vollmacht gewissermaßen als eine auf seinem die Masse bildenden Vermögen ruhende Last.

Diese Ansicht scheint unhaltbar. Wohl kommt eine Vollmacht rechtlich bereits durch eine einfache Erklärung des Machtgebers zustande[1]) (BGB. § 167). Sie tritt jedoch erst mit dem Augenblick in die Erscheinung, in welchem der Bevollmächtigte von ihr Gebrauch macht. In dem gleichen Sinne äußert sich Eccius[2]): „Die Vertretungsmacht ... ist kein Recht. Sie begründet für den Machtgeber und ihm gegenüber nur die Rechtslage, daß durch eine nach außen hervortretende Rechtshandlung des Bevollmächtigten oder ihm gegenüber derselbe Erfolg herbeigeführt wird, wie wenn an Stelle des Bevollmächtigten sich der Machtgeber selbst befunden hätte."

Hieraus folgt aber gerade, daß eine Verpflichtung des Vermögens des Machtgebers erst in dem Augenblick entsteht, in welchem der Vertreter handelt. Da dieser Zeitpunkt jedoch erst nach demjenigen der Eröffnung des Verfahrens gelegen ist, kann nach § 3 der KO. der Dritte, der sich mit dem Reisenden eingelassen hat, nicht mehr die Stellung des Konkursgläubigers einnehmen; denn Konkursgläubiger sind „alle persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschulder haben". Den Protokollen ist infolgedessen nicht beizupflichten.

b) Folgen der Unwirksamkeit für die Stellung eines dritten Vertragsgegners.

α) Bedeutung der Unwirksamkeit erläutert an einem Beispiel.

§ 8.

Unser Ergebnis bleibt daher: Sowohl im Falle des § 672 Satz 2 wie in dem des § 674 des BGB. sind Rechtshandlungen, welche der Handlungsreisende eines Gemeinschuldners nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

---

[1]) A. M. Hellwig in der Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß Bd. 30 S. 520—526 im Anschluß an die Theorie Lenels (in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 1 ff.).

[2]) Bei Gruchot Bd. 47 S. 210/11.

Wie diese Unwirksamkeit sich äußert, wollen wir an folgendem Beispiel[1]) darlegen:

„Ein Reisender hat nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen seines Geschäftsherrn noch einige Tage lang seine Tour fortgesetzt. Gemäß der ihm erteilten Vollmacht hat er eine Reihe von ausstehenden Rechnungsbeträgen einkassiert, bei A hat er Waren bestellt und an B solche verkauft und, soweit die von ihm mitgeführten Vorräte reichten, auch alsbald geliefert. Seine Vollmacht galt bei Abschluß der Geschäfte nach den §§ 672 Satz 2 und 674 des BGB. als fortbestehend."

Zunächst das Einkassieren der ausstehenden Rechnungsbeträge:

„Der Leistung an den Gemeinschuldner steht gleich die Leistung an seinen Vertreter (abgesehen natürlich vom Konkursverwalter) z. B. ... an seinen Bevollmächtigten" (Jaeger Anm. 1 zu § 8 KO.). Nach der strengen Regel des § 8 Abs. 1 KO. ist daher die Zahlung an den Reisenden den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Schuldner bleiben nur insoweit von der Verpflichtung zu nochmaliger Leistung frei, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist. Aber auch wenn die eingenommenen Gelder nicht in die Masse geflossen sind, besteht eine solche Verpflichtung doch nicht uneingeschränkt. Billigkeitsrücksichten erfordern hier den Schutz eines gutgläubigen Schuldners. „Ein Schuldner hat nicht das gleiche Interesse wie ein Gläubiger, die Vermögenslage und Zahlungsfähigkeit des Gemeinschuldners zu überwachen; er wird daher nicht so leicht wie dieser erfahren, wenn der Gemeinschuldner seine Zahlungen einstellt."[2]) Insbesondere aber würde ihm die Unwirksamkeit seiner Erfüllung einen viel härteren Schaden zufügen als einem Gläubiger die Unwirksamkeit einer an ihn erfolgten Zahlung; denn dieser könnte nach Rückgewähr des Empfangenen immer noch seine Forderung im Konkursverfahren liquidieren, jener aber müßte seine Schuld doppelt bezahlen.[3]) Deshalb bestimmen Abs. 2 und 3 des § 8 der KO., daß der Erfüllende von nochmaliger Zahlung befreit sein soll, wenn ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens unbekannt war.

---

[1]) vgl. Hellwig, Zivilprozeßpraktikum S. 216/17.
[2]) Mot. z. KO. S. 39, 40.
[3]) Mot. z. KO. S. 39, 40.

Ungünstig für den Dritten liegen dagegen die Verhältnisse in den beiden anderen Fällen. Untersuchen wir zuerst die Warenbestellung bei A und den noch nicht erfüllten Teil des mit B geschlossenen Verkaufsgeschäfts:

Durch die Rechtshandlungen des Reisenden sind hier zwischen A und B auf der einen Seite und dem Gemeinschuldner auf der anderen Seite vollkommen wirksame Verträge zustande gekommen.[1] Der Masse gegenüber sind sie ohne jede Bedeutung. Das würde sich zeigen, wenn z. B. B gegen den Konkursverwalter auf Lieferung der verkauften Waren klagen sollte. Der Verwalter brauchte in dem Termine weder persönlich zu erscheinen, noch sich vertreten zu lassen; ein Versäumnisurteil könnte gegen ihn nicht erlassen werden, da das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag nicht rechtfertigen würde (§ 331 der ZPO.); die Klage des B wäre abzuweisen.[2]

Hierin zeigt sich gerade die Bedeutung der relativen Unwirksamkeit des § 7 der KO., daß die Rechtshandlung „von vornherein des erstrebten rechtlichen Erfolgs ermangelt".[2] „Einer Geltendmachung in besonderer Form oder einer richterlichen Nichtigkeitserklärung bedarf es nicht."[2] Deshalb ist es irrig, wenn Schultze[3] hier von einer im Interesse der Gläubiger bestehenden Anfechtbarkeit spricht, welche sich von der für solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind, gegebenen „nicht ihrem juristischen Wesen nach, sondern lediglich durch die größere Einfachheit ihrer tatsächlichen Voraussetzungen" unterscheide. Aus diesem Grunde werden wir auch die Ansicht von Fitting[4] nicht teilen können, der — in Annäherung an Schultze — in der relativen Unwirksamkeit des § 7 der KO. einen Schwebezustand sieht, dessen Entscheidung dem Verwalter zustehe. Sollte hier eine Anfechtbarkeit

---

[1] A und B sind gebunden, werden aber ihre dem Reisenden gegenüber abgegebene Willenserklärung wegen Irrtums über wesentliche persönliche Eigenschaften des Vertragsgegners anfechten können (BGB. § 119).

[2] Jaeger § 7 Anm. 7. So auch Mot. S. 35; von Wilmowski-Kurlbaum zu § 7 S. 65; Wolff zu § 7 S. 56. — A. M. v. Staudinger Bd. 1 § 135 Anm. 3.

[3] a. a. O. S. 28—31.

[4] a. a. O. S. 290—292.

bestehen, dann würde das im Gesetz gesagt sein. Der Ausdruck „Unwirksamkeit" ergibt dagegen aus sich selbst, daß an einen Schwebezustand nicht gedacht werden kann. „Das Gesetz zeigt damit an, daß hier nicht die bloße Möglichkeit, die Wirksamkeit einer Rechtshandlung aufzuheben, in Frage steht, sondern daß diese bereits von Anfang an und ipso iure unwirksam ist, aber nicht nach jeder Richtung hin, sondern nur zugunsten einer bestimmten Klasse von Personen, — der Konkursgläubiger. Sobald aber diese in Frage kommen, zeigt sich die volle Unwirksamkeit der Handlung, es zeigt sich, daß der angebliche Rechtsakt nur scheinbar vorhanden ist".[1])

Soweit die von dem Reisenden mitgeführten Vorräte reichten, hat er sie alsbald geliefert. Ist der gutgläubige B mit der Übergabe auch den Konkursgläubigern gegenüber Eigentümer geworden?

Die Motive zur Konkursordnung[2]) äußerten sich über diese Frage folgendermaßen: „Hatte der Gemeinschuldner aus dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen eine Sache veräußert, so muß der Empfänger sie herausgeben, mag er in gutem Glauben gewesen sein oder nicht." Diese Worte erbringen an sich noch keinen Beweis. Trotzdem trat ein großer Teil der Literatur[3]) dieser Ansicht der Motive bei, während ein anderer Teil, insbesondere Kohler[4]) und Dernburg[4]) sie bekämpften. Bevor die Novelle zur Konkursordnung vom 17. 5. 98 ergangen war, hatte diese Streitfrage große Berechtigung, zumal der damalige § 6 sich einer jeden Bemerkung enthielt, die den Willen des Gesetzes hätte verraten können. Die Novelle hat hierin Wandel geschaffen. Der jetzige § 7 Abs. 1 der KO. hat den Zusatz erhalten: „Die Vorschriften der §§ 892, 893 des BGB. bleiben unberührt." Diese handeln vom Grundstücksrecht und lauten:

§ 892: „Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die

---

[1]) v. Völderndorff S. 144 und die herrschende Meinung.

[2]) Mot. S. 38, bei Hahn Bd. 4 S. 63.

[3]) Insbesondere Eccius, Preuß. Privatr. Bd. 1 § 116 Anm. 22 a. E.

[4]) Kohler, Lehrbuch S. 104/5; Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 2 S. 286 insbesondere Anm. 22 contra Eccius.

Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend."

§ 893: „Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält."

Nimmt also ein Dritter in Ansehung eines Grundstücks eines der in §§ 892, 893 aufgeführten Rechtsgeschäfte vor, dann ist dieses Geschäft nur dann den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, wenn die Konkurseröffnung gemäß § 113 der KO. bereits im Grundbuch eingetragen oder dem Dritten bekannt ist.

Die Aufnahme dieses Zusatzes zu Abs. 1 des § 7 liefert ein argumentum e contrario dafür, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes beweglicher Sachen nicht Anwendung finden sollen. Wie die Motive zur Konkursordnungsnovelle[1]) ergeben, hat hiermit „die zurzeit bestrittene Frage" entschieden werden sollen. Allgemeine, dem entgegenstehende Grundsätze sind damit „durch Spezialgesetz unzweideutig beseitigt"[2]) worden. Trotzdem fast die Gesamtheit der Schriftsteller den Motiven[3]) jetzt beigetreten ist, hält Kohler[3]) nach wie vor an seiner Meinung fest. Er sieht in § 7 Abs. 1 Satz 2 der KO. den allgemeinen Grundsatz ausgesprochen: „Hand wahre Hand"; — daß man etwas anderes im Gesetz gewollt habe, käme demgegenüber nicht in Betracht. Die Behauptung des Gegenteils erklärt er für Paragraphenjurisprudenz.

---

[1]) Bei Hahn Bd. 7 S. 234/35.

[2]) Forderung Dernburgs (Preuß. Privatr. Bd. 2 S. 286).

[3]) Leitfaden S. 74.

Einen Beweis seiner Worte bleibt er schuldig. Wir werden daher Kohler nicht zustimmen können, zumal das Durchdringen seiner Ansicht den Erfolg der Verfügungsbeschränkung des § 6 der KO. in Frage stellen würde.

Nach denselben Gesichtspunkten ist die Meinung von Wendt[1]) abzulehnen. Wendt will aus der Änderung des Wortes „nichtig" des § 6 Abs. 1 der KO. alter Fassung in das jetzige Wort „unwirksam" des § 7 Abs. 1 ersehen, daß hiermit eine Unterstellung unter den § 135 des BGB. beabsichtigt worden wäre. Die Bestimmung des § 135 Abs. 2: „Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung", gälte daher auch für das Gebiet des Konkursrechts.

„Allein eine sachliche Änderung ist damit nicht getroffen worden" (Jaeger Anm. 6 zu § 7 KO.); nicht eine Unterstellung unter den § 135 hat hiermit erreicht werden sollen, sondern lediglich eine Anpassung an den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches.[2]) Allerdings enthält die mit der Konkurseröffnung eintretende Beschlagnahme des schuldnerischen Vermögens ein „gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt"; es ist aber ein Fehler, dieses Verbot mit dem des § 135 auf eine Stufe zu stellen; die Konkurseröffnung hat eine stärkere Wirkung.[3])

B ist also den Konkursgläubigern gegenüber nicht Eigentümer geworden. Diese sehen nach wie vor in dem Gemeinschuldner den Eigentümer der tradierten Waren. Der Konkursverwalter kann daher als Vertreter des Gemeinschuldners[4]) mit der Eigentumsklage des § 985 des BGB. die in die Masse gehörigen Stücke von B als besitzenden Nichteigentümer vindizieren[5]), und wenn B bei Vertrags-

---

[1]) Im Arch. für ziv. Prax. Bd. 89 S. 42 ff.

[2]) So die allgemeine Ansicht in der Literatur: z. B. v. Wilmowski-Kurlbaum S. 61 zu § 7.

[3]) So mit Recht die Mot. eines EG. z. BGB. S. 109.

[4]) „Vertreter des Gemeinschuldners ist der Verwalter insoweit, aber auch nur insoweit, als er Rechte des Gemeinschuldners geltend macht, d. h. in Ausübung der Verwaltung und Verfügung hinsichtlich der Konkursmasse. . . . Soweit er dagegen Rechte der Gläubiger ausübt, ist er Vertreter der Gläubigerschaft". Jaeger a. a. O. § 6 Anm. 9.

[5]) In diesem Sinne das Urteil des RG. vom 24. 11. 91 bei Gruchot Bd. 37 S. 748 ff.; Mot. zur KO. S. 38.

abschluß den Kaufpreis sogleich entrichtet und der Reisende den erhaltenen Betrag an die Masse abgeführt hat, so ist nach § 7 Abs. 2 der KO. dem B die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, „soweit letztere durch dieselbe bereichert ist."

Der gute Glaube des B gewinnt erst dann Bedeutung, wenn ihm die Rückgewähr der empfangenen Waren unmöglich wird. Denn in diesem Falle ist er erst von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs an für den Schaden verantwortlich, welcher dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§ 989 des BGB.) Hier kann also der an sich rechtlich begründete Anspruch des Konkursverwalters gegenstandslos werden. Hat B dagegen nach der Übergabe erfahren, daß er nicht zum Besitze berechtigt ist, dann haftet er bereits vom Augenblick der Kenntnis an (§ 990 Abs. 1 Satz 2 des BGB.)

Hat aber B inzwischen die Waren weiterveräußert, so ist der Erwerber nach Maßgabe der bezüglichen Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches Eigentümer geworden, und zwar auch den Konkursgläubigern gegenüber.[1]) § 15 der KO.: „Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen . . . können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht", — hindert dieses Ergebnis nicht; „denn es ist für die Anwendung jener Vorschriften (insbesondere der §§ 932 ff., 1032, 1207 f., 1244 BGB.) gleichgültig, aus welchem Grunde der Vormann des gutgläubigen Dritten nicht erworben hatte."[2])

Die Verfügung, die B als Nichtberechtigter getroffen hat, ist somit innerhalb der Gesetzesbestimmungen dem berechtigten Konkursverwalter gegenüber wirksam. Diesem bleibt gegen B jetzt nur die persönliche Klage aus § 816 Abs. 1 Satz 1 des BGB. auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten.

---

[1]) So die gesamte Literatur: z. B. v. Sarwey-Bossert a. a. O. S. 73; Wolff S. 59.

[2]) Jaeger a. a. O. § 7 Anm. 34.

[3]) So auch Jaeger § 7 Anm. 34.

Für die Rechtsstellung des zweiten Erwerbers kommen die §§ 932 bis 935 des BGB. in Betracht[1]): Er muß zur Zeit des Erwerbes in gutem Glauben gewesen sein. Der Konkursverwalter kann von ihm selbst gegen Erstattung des gezahlten Kaufpreises die Rückgabe der Waren nicht verlangen. Nur bei unentgeltlichem Erwerb hat der Konkursverwalter die persönliche Klage aus § 816 Abs. 1 Satz 2 des BGB. auf Herausgabe des durch die Verfügung des B Erlangten.

β) Heilung der Unwirksamkeit, Ansprüche des Dritten.

§ 9.

Die Unwirksamkeit der von dem Reisenden eines Gemeinschuldners vorgenommenen Rechtshandlungen kann nur dadurch geheilt werden, daß der Konkursverwalter gemäß §§ 182—184 des BGB. seine Genehmigung erteilt.[2]) „Als Disponent der Teilungsmasse kann er durch seine Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) die Unwirksamkeit des Aktes beseitigen,"[2]) und er wird das tun, wenn — z. B. bei Fortführung des Geschäfts des Gemeinschuldners für Rechnung der Masse — diese Geschäfte ihm vorteilhaft erscheinen. Eine solche Genehmigung läßt nicht etwa ein völlig neues Geschäft zustande kommen; sie wirkt vielmehr „auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück" (§ 184 Abs. 1 des BGB.) Der Konkursverwalter kann alsdann gegen Gewährung der vollen Gegenleistung aus der Masse von dem Dritten Erfüllung verlangen, und dieser ist Massegläubiger gemäß § 59 Ziff. 1 der Konkursordnung. Sollte dagegen der Konkursverwalter die Genehmigung verweigern, so haftet dem Dritten lediglich ein etwaiges konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners. Irgend welche Ansprüche gegen den Reisenden kann er nicht erheben.

Anderer Meinung ist hier Rehbein[3]). Er sagt: „Es ist das nach der Konkurseröffnung geschlossene Geschäft, wenn der Verwalter es nicht genehmigt (§ 177), nach § 179 zu behandeln. Der § 27 der Konkursordnung könnte von den Ersatzansprüchen des Bevoll-

---

[1]) So auch Jaeger a. a. O. § 7 Anm. 34.
[2]) Jaeger a. a. O. § 7 Anm. 10.
[3]) a. a. O. Bd. 1 S. 277.

mächtigten als Konkursgläubiger nicht sprechen, wenn nicht § 179 Abs. 2 des BGB. als anwendbar gedacht." Rehbein übersieht hierbei, daß — wenn nach § 23 Abs. 1 Satz 2 Rechtsverhältnis und Vollmacht trotz des Konkurses als fortbestehend gelten — der Geschäftsführer als wahrer Stellvertreter tätig wird.[1]) Seine Rechtshandlungen wirken daher über seine Person hinweg unmittelbar für und gegen den Gemeinschuldner als den Vertretenen. Hiermit aber läßt sich die Ansicht Rehbeins nicht in Einklang bringen; denn § 179 Abs. 2 des BGB. setzt immer den tatsächlichen Mangel einer Vertretungsmacht voraus. „Die §§ 177—180 BGB. kommen daher nicht zur Anwendung."[1]) Anderenfalls würde ja auch der Schutz illusorisch gemacht, den § 27 der Konkursordnung dem Geschäftsführer gewährt, wenn dieser von dem Dritten wegen Ersatz des negativen Vertragsinteresses in voller Höhe — nur begrenzt durch das Erfüllungsinteresse — in Anspruch genommen werden könnte, selbst aber auf eine unter Umständen ganz geringe Konkursdividende verwiesen sein würde.

III. Vollmacht galt nur zugunsten des Reisenden als fortbestehend.

§ 10.

Bei unseren Untersuchungen haben wir bisher gänzlich den Fall ausgeschaltet, daß allein der Handlungsreisende, nicht aber auch der Dritte sich in Unkenntnis über die Konkurseröffnung befindet, daß demnach Rechtsverhältnis und Vollmacht lediglich zugunsten des ersten als fortbestehend gelten. — Es handelt sich hierbei nur um den Fall des § 674 des BGB.[2]) — Hier hat der Reisende natürlich aus § 27 der Konkursordnung die Stellung des Konkursgläubigers. Dem Dritten dagegen fehlen jede Ansprüche, da ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vorliegt, und sollte der Konkursverwalter sich jetzt bereit erklären, das beabsichtigte Geschäft mit dem Dritten einzugehen, so käme durch die Einigung beider Teile ein völlig neues Geschäft zustande.

---

[1]) So auch Jaeger a. a. O. § 23 Anm. 11.

[2]) vgl. S. 5 der Arbeit.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.